Die Besitzlehre im Entwurfe des ung. allg. bgl. Gesetzbuches

Ferenc Raffay





Hungary

Die Besitzlehre

im Entwurfe des ung. allg. bgl. Gesetzbuches.



Kritische Studie mit einem Gegenantrage.



Von

Ferenc

Dr. Franz Raffay,

Advokat, Universitäts-Privatdozent, öff. ord. Professor an der Rechtsakademie in Eperjes (Ungarn).

Aus dem Ungarischen übersetzt von Dr. Eduard Hebelt in Budapest.



— Separatabdruck aus der „Zeitschrift für ung. öff. und Privatrecht". —



BUDAPEST

Sigmund Politzer & Sohn.

1903.

INHALT.

I. Einleitung.

Bei der Beurtheilung der Besitzlehre des Entwurfes müssen unseres Dafürhaltens nach ebenso wie bei jeder Reform des Rechtes und bei jeder Kodifikation zwei Gesichtspunkte massgebend sein.

Ob der Entwurf dem heutigen Stande der Wissenschaft entspricht, dies ist der erste Gesichtspunkt. — Ob derselbe das in Kraft stehende Recht gehörig berücksichtigt hat, das heisst ob er nicht etwa Neuerungen einzuführen gedenkt, welche nicht genügend begründet sind: dies ist der zweite Gesichtspunkt.

Dass diese beiden Ausgangspunkte im Allgemeinen richtig sind, insbesondere aber richtig sind bei einem solch ungemein wichtigen Werke, wie die Schaffung eines bürgerlichen Gesetzbuches, dies glauben wir nicht ausfürlicher beweisen zu müssen.

Schlecht und verwerflich wäre jener Gesetzentwurf, welcher die neueren geklärten Rechtsbegriffe, Prinzipien und Theorien unbeachtet liesse, welcher nicht auf dem Niveau der Wissenschaft stünde, welcher den auch auf dem Gebiete des Rechtes wahrnehmbaren stetigen Fortschritt und die Ergebnisse der successiven Entwickelung ausser Acht liesse und die ausländischen Gesetze sowohl, als die heimische und ausländische rechtswissenschaftliche Literatur nicht berücksichtigen würde.

Aber auch der zweite Gesichtspunkt ist — besonders bei einer Kodifikation — von derselben Wichtigkeit. Wir müssen nämlich jeden brauchbaren Bestandtheil des in Kraft stehenden Rechtes retten und dürfen nicht das Geringste verwerfen, wenn es die wissenschaftliche Probe bestanden hat und unter den obwaltenden Verhältnissen nicht als veraltet und unrichtig erscheint. Hiedurch erzielen wir die Rechtskontinuität in unseren Institutionen und bewahren den nationalen Charakter und bis zu einem gewissen Grade die Originalität in dem Rechte.

Beide Gesichtspunkte müssen in gehörigem Gleichgewichte bleiben und keiner darf zum Nachtheil des anderen überwiegen.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass in dem Entwurfe des ungarischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches vom Jahre 1900 — welcher alle auf diesem Gebiete bisher erschienenen Erzeugnisse weit überragt — beide Gesichtspunkte zur Geltung kommen. Unläugbar hätte man aber besonders im Sachenrechte und auf dem Gebiete der Rechte der Schuldverhältnisse eine grössere Selbständigkeit anstreben sollen, und hat Theodor Kipp, Professor an der Universität zu Berlin, nicht übertrieben, als er in einer im Berliner Juristen-Vereine gehaltenen Vorlesung behauptete, dass sich unser Entwurf zum grösseren Theil auf das deutsche bürgerliche Gesetzbuch stützt, und daraus die stolze Folgerung zog, dass „in der neueren Epoche der Gesetzgebung dem deutschen Privatrechte die Führerrolle zufiel.“ Man muss zwar zugeben — und auch Prof. Kipp sagt dasselbe — dass der überwiegend grössere Theil des Privatrechts bei allen civilisirten Völkern — im Interesse des internationalen Verkehrs — gleich sein könnte und gleich sein sollte, doch hätte trotzdem etwas mehr Originalität, wir hätten beinahe gesagt, mehr Muth bei Vorbereitung des Entwurfes nicht geschadet und ist es gewiss, dass besonders in jenen Theilen, welche das deutsche bürgerliche Gesetzbuch genauer befolgen, Vieles an dem Entwurfe schon deshalb geändert werden muss, weil die Praxis erwiesen und auch die Rechtsliteratur konstatirt hat, dass auch der deutsche Kodex solche Verfügungen enthält, welche nicht zutreffen oder zumindest in der Anwendung sich nicht vollkommen bewährten.

Eben in dieser Beziehung erachten wir jenen kodifikatorischen Muth für unerlässlich, der gewisse Institutionen (z. B. den Niessbrauch an einem Rechte, §§ 756—764 des Entwurfes) fallen lässt, insoferne sie hiezu reif sind, selbst in dem Falle, wenn dieses Vorgehen eine Revolution heraufbeschwören sollte, andere aber umarbeitet und in eine neue Form giesst oder aus der Vergangenheit z. B. aus dem römischen Rechte — wenn es sein muss — aus dem vaterländischen Rechte solche Elemente hervorholt, mit deren Hilfe man die fraglichen Rechtsinstitutionen verbessern, vervollkommnen könnte.

Jener Theil des Sachenrechts, welchen wir zum Gegenstand unserer Kritik machen wollen, kann darum beanstandet werden, weil derselbe zwei Lehrsätze des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches unbedingt acceptirt hat, welche theoretisch auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft bisher nicht gehörig begründet sind und welche auch der deutsche Kodex — nach den bisherigen Erfahrungen — mit wenig Glück aufgenommen hat, womit aber die ganze Besitzlehre eine neue, aber keine bessere, sondern — wie wir sehen werden — eine schlechtere Basis erhielt.

Diese zwei Lehrsätze bestehen darin, dass die Institution der Innehabung verworfen und der sogennante „mittelbare Besitz“ des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches im § 868 prinzipiell angenommen wurde.

Diese zwei Neuerungen sind im Gegensatze zur heute bestehenden ungarischen Besitzlehre, wir bemerken aber schon im Vorhinein, dass wir sie

nicht nur deswegen für unrichtig erachten; diese zwei Neuerungen erscheinen weiters als logische Folge der neueren, und wir betonen schon hier, richtigeren Besitztheorie, und dürften dieselben auch in den Entwurf aus diesem Grunde aufgenommen worden sein, doch müssen wir betonen, dass diese Folgerung verfehlt ist, und ist es diesem Umstande zuzuschreiben, dass der deutsche Kodex und nach ihm auch der ungarische Entwurf in dieser Beziehung einen Fehler begangen haben.

Um diese unsere Haupteinwendungen gegen die Besitzlehre des Entwurfes genügend motiviren zu können, müssen wir kurz auf die berühmtesten Besitztheorien hinweisen, unter deren Einflusse sämmtliche auf den Besitz bezügliche Dispositionen der neueren privatrechtlichen Gesetze entstanden sind und welche auch auf den wissenschaftlichen Begriff und die Entwickelung des Besitzes einen entscheidenden Einfluss ausgeübt haben.

II. Die wichtigsten Besitztheorien.

Es gibt vielleicht keine andere Institution des Privatrechts, welche sich einer so grossen und reichen Literatur rühmen könnte und hinsichtlich welcher sich so viele von einander abweichende, ja grundverschiedene Theorien gebildet hätten, wie die des Besitzes. Die deutsche Literatur war es, welche in dieser Frage vom Anfange an die Führerrolle spielte, während die französische, italienische und ungarische Rechtsliteratur sozusagen nur gleichen Schritt mit ihr hielt, obgleich auch bei uns in Ungarn ansehnliche Rechtsgelehrte, wie Thomas Vécsey, Julius Kováts, Gustav Schwarz, Emerich Zlinszky, Paul Hoffmann ausgezeichnete Beiträge zur Aufklärung und richtigen Auffassung dieser schweren Lehre geliefert haben.

Die Namen zweier horvorragender Gelehrten ragen auf dem Gebiete der Literatur über den Besitz hervor, der von Savigny und der von Jhering. Ihre Theorien sind besonders hinsichtlich des Besitzwillens von einander grundverschieden und der Triumph der Lehren Jhering's bebedeutet zugleich den Sturz der Savigny'schen Lehren, obgleich diese bis dahin als unumstösslich betrachtet wurden und obgleich kaum eine Idee auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft in der neueren Zeit einen so allgemeinen Sieg errungen hatte, wie die Theorie Savigny's vom Besitze.

Nebst diesen beiden sind noch besonders zu erwähnen: Schenrl (zur Lehre vom römischen Besitzrecht), Hölder (Kritische Vierteljahrschrift Band XIX.) Randa (Der Besitz nach österreichischem Rechte.) Windscheid (Pandekten), Arndts (Krit. Vierteljahrschrift Band VIII.) und Puchta (Besitz, Weiske: Rechtslexikon II. Band., Kl. zivil. Schriften, Nr. 15. und 26.), welche sich aber alle im Wesen zur Theorie Savigny's bekennen.

Was nun die beiden entgegengesetzten Besitztheorien betrifft, müssen wir vor Allem hervorheben, dass beide von derselben Grundlage ausgehen, von jener Grundlage, dass neben dem Besitze eine verwandte Institution

die Innehabung besteht, welch letztere nach den Erfahrungen des praktischen Lebens ebenfalls nothwendig ist, und welche in Folge dessen in keinem Privatrechte fallen gelassen und eliminirt werden darf. Auch in jener Beziehung besteht zwischen beiden Theorien kein Gegensatz, dass sowohl der Besitz als auch die Innehabung eine thatsächliche Gewalt über die Sache ist, dass also die sogenannte Detention bei beiden ein wesentlicher Begriffsbestandtheil ist.

Grundsätzlich widersprechen sich aber die Theorien Savignys und Jhering's aus dem Grunde, weil Savigny (in seinem Werke „Das Recht des Besitzes,“ dessen erste Ausgabe im Jahre 1803, die siebente — jüngste — Ausgabe aber 1865 erschienen ist) die Theorie des „Besitzwillens“ (animus domini) aufgestellt hat, welche darin besteht, dass der Wille der die Sache in thatsächlicher Gewalt haltenden Partei in jener Frage entscheidend ist, ob ein Besitz oder eine Innehabung vorhanden sei. Wenn die Partei die Detention „im eigenen Namen“ „für sich“ „als die ihre“ ausüben will, so ist der Besitz festzustellen, wenn aber ihr Wille darauf gerichtet ist, dass sie die Sache „im Namen eines anderen“ in ihrer Gewalt habe, dann wird von einer Innehabung gesprochen.

Demzufolge ist sowohl der Besitz, als auch die Innehabung aus zwei völlig gleichstehenden Faktoren zusammengesetzt. Thatsächliche Gewalt: corpus und Wille: animus ist zu beiden erforderlich. Das corpus ist gleich sowohl beim Besitze als auch bei der Innehabung, aber nicht gleich ist der animus, da bei dem Besitze ein animus domini (animus rem sibi habendi), bei der Innehabung aber der animus alieno nomine tenendi vorhanden ist. Diese Theorie, bei welcher der innerliche, also keineswegs kontrollirbare und von einer Minute zur anderen nach Belieben zu wechselnde Wille die Frage entscheidet, ob der Betreffende Besitzer oder Inhaber ist, wird Subjektivitäts- oder Willenstheorie genannt.

Wie wir bereits erwähnten, wurde diese Theorie in der Wissenschaft allgemein angenommen, obgleich der Besitzwille nur eine wankende Grundlage zur Unterscheidung bietet, selbst in dem Falle, wenn wir nicht den individuellen Willen (konkrete Willens-Theorie), sondern den abstrakten, den sogenannten typischen Willen (abstrakte Willens-Theorie) zur Grundlage nehmen, und obzwar sowohl bei dem Besitze des Emphyteuten und des Faustpfandgläubigers, als auch im Falle des Depositums und des Praecariums, welche im römischen Rechte als Fälle des abgeleiteten Besitzes anerkannt waren, das Vorhandensein des animus domini auf keine Weise nachweisbar war, worüber dann Savigny derart hinweggeholfen hatte, dass er diese vier Fälle des Besitzes als Ausnahmen von der allgemeinen Regel erklärt hatte, nach welcher ein Besitz ohne animus domini nie vorhanden sein kann. Kurz, es ist unzweifelhaft, dass die Subjektivitäts-Theorie, welche eigentlich aus einigen Quellenstellen des römischen Rechts (Sent. von Paulus,

Rec. 5. § 2. 1, Dig 41. 2. 18., Dig. 41. § 2, 3 u. s. w.) ausgegangen ist, und welche dem animus und dem corpus bei der Erwerbung und Aufgebung des Besitzes eine vollkommen gleiche Wichtigkeit zugemuthet hat, sich auf dem Gebiete des römischen Rechts in den obigen vier Fällen nicht bewährt hat. Und doch konnte diese Theorie eine allgemeine Anerkennung erreichen und die heftigen Angriffe, welche Mandry (Archiv für zivilistische Praxis, Band LVIII), Dernburg („Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts") und in seinen „Pandekten" noch mehr aber Pfeifer in seinem Werke: Was ist und gilt im röm. Rechte der Besitz? und Lenz (Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen) gegen sie gerichtet haben, blieben ohne Erfolg insolange, bis die Kritik Jherings die Autorität derselben völlig erschüttert hatte. Die Thatsache, dass das deutsche bürgerliche Gesetzbuch und nach diesem unser Entwurf, wie auch mehrere anerkannte Schriftsteller (z. B. Strohal, Pininszky, Dernburg) die Theorie Jhering's übernommen haben, bedeutet die Verwerfung des Dogma von dem Besitzwillen.

Jhering, dessen berühmte und den Triumphzug antretende Grundthesen in seinem im Jahre 1889 erschienenen Werke „Der Besitzwille" enthalten sind, verwirft das Prinzip des Besitzwillens, beziehungsweise lehrt, dass der animus sowohl beim Besitze, als bei der Innehabung derselbe ist. Dieser animus ist zwar gewöhnlich ein wesentliches Erforderniss sowohl beim Besitze, als bei der Innehabung, doch absorbirt den animus das corpus, und nur das letztere muss immer bewiesen werden.

Weil nun das corpus sowohl beim Besitze, als bei der Innehabung dasselbe ist, der animus aber kein qualifizirender Faktor sein kann, da auch dieser bei beiden Arten der thatsächlichen Gewalt über die Sache identisch ist, so folgt, dass zwischen Possession und Detention prinzipiell kein Unterschied besteht, und dass durch das corpus und durch den im corpus bereits enthaltenen animus immer eine Possession entsteht, sobald keine positive Verfügung sie ausnahmsweise zur Detention qualifizirt. Dessen Ursache also, dass eine gewisse thatsächliche Gewalt über die Sache nicht als Besitz, sondern im konkreten Falle als Innehabung qualifizirt wird, muss und kann nicht im animus gesucht werden, sondern in einem positiven Gesetze, welches die Possession zu einem bestimmten Zwecke zur Detention devalvirt; in Ermangelung einer solchen gesetzlichen Verfügung, beziehungsweise eines im Gesetze festgestellten Thatbestandes der Innehabung ist immer Possession vorhanden. Den animus als qualifizirenden Faktor liess Jhering aus dem Grunde fallen, weil derselbe sich beständig ändern kann und weil er, als innerliches Moment nicht untersucht, abgesondert nicht bewiesen und kontrollirt werden kann. Gleichzeitig bewies Jhering mit glänzenden dogmatischen, logischen, prozessrechtlichen, geschichtlichen und rechtspolitischen Argumenten, dass die Subjektivitäts-Theorie Savigny's verfehlt und unhaltbar sei.

Die Theorie Jhering's kennt man unter dem Namen „Objektivitäts-Theorie." Die Erörterung dieser Theorie schliessen wir mit der besonderen Betonung dessen, dass — wie wir bereits erwähnt — Jhering die Institution der Innehabung aus praktischen Gründen in bestimmten Fällen als unentbehrlich und als aufrechtzuhaltend ausgesprochen und besonders drei Kategorien hervorgehoben hat, welche in allen Gesetzen als Innehabung festgestellt werden müssen. Diese sind folgende: die Fälle 1. des häuslichen, 2. der prokuratorischen und 3. der momentanen Detention.

III. Unsere Einwendungen gegen den Entwurf.

Der Entwurf nahm den richtigen Standpunkt ein, als er das deutsche bürgerliche Gesetzbuch befolgend unter Annahme der Objektivitäts-Theorie Jherings jenen Unterschied zwischen Besitz und Innehabung aufgab, welcher auf den Begriffen des animus domini und animus alieno nomine tenendi als Elementen beruhte. Diese Ansicht betont auch die Motivirung (Band II. Seite 67.) Doch geht das Zurgeltungkommen derselben auch aus den §§ 505, 508 und 511 des Entwurfes hervor. Nach den zwei ersteren Paragraphen ist zur Erwerbung des Besitzes allein die Erwerbung der thatsächlichen Gewalt erforderlich, und entsteht demzufolge in den einzelnen Fällen auch ohne Obwalten des Willens der Besitz z. B. wenn man in die Hände des schlafenden Menschen ein Geldstück legt, selbst wenn ein von Rechtswegen nicht zurechnungsfähiger Wille existirt, z. B. bei dem durch einen Irrsinnigen erworbenen Besitze; oder auch wenn wir unbewusst die thatsächliche Gewalt über die Sache erwerben z. B. wenn der Spezereihändler den als Neujahrsgeschenk gesandten Hutzucker in unserer Abwesenheit in unserer Wohnung lässt. Im Sinne des § 511 des Entwurfes hört aber der Besitz auf, wenn der Besitzer die thatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder dieselbe nicht ausüben kann.

Hierin entspricht also der Entwurf der Anforderung, auf dem Niveau der heutigen Wissenschaft zu stehen, da er auf dem in der Besitzlehre entstandenen neuesten und allgemein als richtig anerkannten Prinzipe basirt.

Einem Irrthume verfiel der Entwurf aber, als er die §§ 855 868 und 869 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches acceptirte und dieselben sogar einigermassen verdarb. Den §. 855 wiedergibt der §. 510 des Entwurfes wörtlich wie folgt: „Den Besitz einer Sache erwirbt Derjenige nicht, der die thatsächliche Gewalt über die Sache zu Gunsten eines andern in dessen Haushalte, Geschäfte oder in einem anderen ähnlichen Verhältnisse ausübt, vermöge dessen er die auf die Sache bezüglichen Weisungen des andern zu befolgen hat. Als Besitzer ist die andere Person anzusehen."

Dieser Paragraph enthielte im Wesentlichen ein richtiges Prinzip, denn es unterliegt keinem Zweifel, dass nicht der Dienstbote, der Gewerbes- oder Handelsgehilfe, der Lohndiener etc. die Besitzer sind, sondern der Herr, der Arbeitsgeber. Ein Fehler des Entwurfes ist es jedoch, dass derselbe die

Person, welche die thatsächliche Gewalt über die Sache statt eines Anderen ausübt, und die nichts Anderes ist, als der Inhaber, nicht qualifizirt, nicht benennt.

Jhering's Kritik gab der deutschen Kodifikation die Richtung, doch ist es nicht richtig, dass seine Theorie nur theilweise acceptirt und nicht ausdrücklich anerkannt wurde, dass auch die Innehabung eine bestehende Institution ist und dass dieselbe als solche im Kodex geregelt werden muss. So ward aus der Innehabung eine angeblich todte und diminuiirte Institution, die aber doch besteht.

Der § 855 des deutschen Kodex und der § 510 des Entwurfes wurden sicherlich aus dem Grunde so verfasst, weil man glaubte, dass das Grundprinzip, nach welchem aus dem Gesichtspunkte des animus zwischen Besitz und Innehabung kein Unterschied besteht, durchbrochen werden würde, wenn man die Innehabung beim Namen nennen und entsprechend regeln würde. Doch ist dem nicht so; Jhering hat es schön ausgeführt, dass weder der animus noch — wie wir sahen — der corpus den Besitz und die Detention zu einer anderen thatsächlichen Gewalt machen, sondern dass das positive Gesetz dieselben dazu macht, und dass das Gesetz dies auch thun muss und zwar deshalb, weil beide in der Praxis als solche bestehen, weil beide im Leben als theilweise verschiedene Institutionen existiren. Die Gesetzgebung aber hat den praktischen Anforderungen Rechnung zu tragen, weshalb sie in gewissen Fällen die im Wesentlichen einen Besitz bildende thatsächliche Gewalt über die Sache zu einer Innehabung zu degradiren verpflichtet ist, wenn sie ihrem ausgesteckten Ziele entsprechen will, wenn sie nicht ein Gesetz schaffen will, welches mangelhaft und nicht auf jeden Fall beruhigend und zutreffend anwendbar ist.

Demzufolge ist es unsere Ansicht, dass man im Entwurfe auch an jenem Satze der Theorie Jhering's festhalten muss, laut welchem die Innehabung aus dem Gesetze nicht entfernt werden kann, sondern als selbstständige Institution besonders zu regeln ist, und muss in jenen Fällen, wenn statt des Besitzers infolge eines Rechtsverhältnisses ein anderer die thatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, die Innehabung festgestellt werden.

In dem zweiten Titel des Sachenrechtes ist also nicht nur der Besitz, sondern auch die Innehabung aufzunehmen und zwar dergestalt, dass das erste Kapitel den Besitz, das zweite die Innehabung behandeln soll, auf welch' letztere mehrere Regeln des Besitzes übertragbar sind, da die Erwerbung und der Verlust auf gleiche Weise geschehen. In entsprechender Weise sind überdies auf die einzelnen Fälle der Innehabung sämmtliche Lehrsätze des Besitzschutzes anzuwenden, daher nicht nur die Gewalt, sondern auch der richterliche Schutz. Denselben Standpunkt nimmt auch der Gesetzartikel XXII : 1802 und die ungarische Judikatur ein, beispielsweise zu Gunsten des Pächters, weiters § 209 des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches,

§ 819 des ersten deutschen Entwurfes, sowie das gemeine Recht (z. B. actio spolii). Die Motivirung nennt dies (Band II., Seite 69) einen „inneren Widerspruch", welche Bemerkung jedoch von viel grösserem Gewicht gewesen wäre und eine Spitze gehabt hätte zur Zeit der Herrschaft der Savigny'schen Theorie, als zwischen Besitz und Innehabung noch eine wesentlichere Abweichung bestand, doch nicht mehr heute, da Besitz und Innehabung fast Eines bedeuten und ein Unterschied zwischen denselben nur in Folge ihrer abweichenden sachrechtlichen Beziehungen besteht, insbesondere darum, weil der Erstere zur Grundlage der Ersitzung werden kann, letztere hingegen nicht. Doch erachten wir das System des Entwurfes nicht nur aus den bisher ausgeführten Gründen, nicht nur auf Grund der Konsequenz in der angenommenen Theorie und auf Grund des praktischen Bedürfnisses für rektifizirungsbedürftig, sondern auch aus zwei anderen äusserst wichtigen Gründen.

Den ersten Grund bietet uns die Unrichtigkeit des in den §§ 868 und 869 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches als neue Institution geschaffenen „mittelbaren Besitz"-es. Diese beiden Paragraphe hat der § 523 des Entwurfes zu einem Paragraphen zusammengefasst im Wesentlichen übernommen, doch gebraucht derselbe den Ausdruck „mittelbarer Besitz" nicht und behauptet den Standpunkt, dass der „mittelbare Besitzer" kein Besitzer ist.

Der § 523 lautet folgendermassen:

Wenn der Besitzer den Besitz vermöge eines die Sache belastenden Rechtes ausübt, sowie, wenn ihm der Besitz für eine Zeit infolge eines Rechtsverhältnisses, namentlich als Miether, Pächter, Entleiher oder Verwahrer zusteht, so kann wegen der durch eine dritte Person gegen den Besitzer verübten verbotenen Eigenmacht auch derjenige sich des in den §§ 519 und 520 geregelten Besitzschutzes bedienen, von dem der Besitzer den Besitz erworben. Dieser kann auch den Besitz für sich selbst fordern, falls der Besitzer ihn nicht wieder übernehmen will oder kann. Unter derselben Voraussetzung kann er im Falle des § 515 fordern, dass ihm gestattet werde, die Sache aufzusuchen und wegzuschaffen.

Diese neue Institution, welche eine vollkommen deutsche Schöpfung ist und welche sich in der Wissenschaft noch nicht ganz ausgegährt hat, provocirte viele Streite und entgegengesetzte Ansichten. Das deutsche bürgerliche Gesetzbuch sagt uns zwar, wer der „mittelbare Besitzer" sei, der bei Endemann Nachbesitzer, bei Becker: Auchbesitzer und bei Dernburg: Eigenbesitzer heisst; den „unmittelbaren Besitzer" jedoch nennt der Kodex nicht so, weshalb Wendt den Ausdruck „abgeleiteter Besitz", Kossack die Bezeichnung: Unterbesitz, Becker: „Besitzmittler", Kniep: „Zeitbesitz" und auf die einzelnen Arten des unmittelbaren Besitzes Eck: Nutzbesitz, Dernburg: Verwaltungsbesitz und

Strohal: Verwahrungsbesitz gebrauchen. Wenn wir zu alldem noch jenen meritorischen Disput hinzufügen, welcher den Inhalt des mittelbaren und unmittelbaren Besitzes lösen will, welcher weiters den wahren Sinn der beiden Arten des mittelbaren Besitzes, nämlich des Voll- und Fremdbesitzes erforschen will und untersucht, ob eine jede Verfügung des Kodex auf den mittelbaren und unmittelbaren Besitz gleichsam anzuwenden sei, beziehungsweise ob sich dieselbe stets auch auf den Fremdbesitz bezieht, wenn wir schliesslich in Betracht ziehen, dass sich bezüglich jeder einzelnen Frage eine ganze Schaar der Schriftsteller geäussert hat, bald entgegengesetzt, bald theilweise abweichend, wie z. B. Gierke, Fischer-Henle, Endemann, Kniep, Wendt, Strohal, Biermann, Kossack etc., dann können wir uns einen Begriff davon machen, was für eine ausgebreitete Literatur infolge des mittelbaren Besitzes des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches entstand und können die Frage aufwerfen, ob jenes Gesetz gut sein und ob jene Verfügung befolgt werden kann, welche innerhalb eines verhältnissmässig kurzen Zeitraumes zur Quelle einer so grossen Unsicherheit und solcher Kontroversen wurde.

Wir können diese Frage ohne Zaudern mit Nein beantworten und begründen unsere Meinung nicht nur mit jener abschreckenden Erfolglosigkeit, welche die deutsche Literatur in dieser Hinsicht bis nun aufweist, sondern auch mit Argumenten.

Wenn wir die Fälle des „mittelbaren Besitzes" des deutschen Gesetzbuches prüfen, sehen wir auf den ersten Blick, dass dieselben weder im römischen Rechte, noch in den modernen Rechten unbekannte Kategorien sind. Wir sehen weiters, dass ein solcher „mittelbarer Besitzer" die Sache entweder auf Grund eines die Sache belastenden Rechtes, oder auf Grund eines an die Zeit geknüpften Rechtsverhältnisses in seiner Gewalt hält; es ist schliesslich ersichtlich, dass das römische Recht ebenso, wie jedes moderne Recht, eine Lösung für diese Fälle hat, ohne einen neuen Begriff zu statuiren, obwohl der Ausdruck „abgeleiteter Besitz" auf einige dieser Fälle angewendet zu werden pflegt. Wir sind bezüglich der Regelung dieser Fälle in einer besonders angenehmen Lage. Die auch in der neuen Judikatur als bestehend anerkannten Verfügungen des § 4 des Gesetzartikels XXII. vom Jahre 1802 zeigen uns — zumindest bezüglich der Miethe und der Pacht — einen Ausweg, wie wir uns vom deutschen „mittelbaren Besitze" befreien können und wie trotzdem oder vielleicht eben aus diesem Grunde eine vollkommen präzise Rechtsnorm für diese Fälle geschaffen werden kann.

Und nun müssen wir diesen wichtigen und zu beachtenden Punkt kräftig betonen, da die Motivirung des Entwurfes vor demselben die Augen schloss, ja sogar ihn — unbekannt aus welchem Grunde — gerade entgegengesetzt erscheinen lässt, auf welches Vorgehen schon Eduard Klein in seiner: „Mittelbarer und Dienstbesitz" betilten Studie (in der Fachschrift: „Jog" No. 22:

Jg. 1902) hinweist und beruft sich derselbe ganz richtig auf folgende Entscheidungen der Judikatur.

Kurie 5738/1883. (Márkus: Dezisionssammlung Band I.): Der Miether kann als jener, der das Miethobjekt allein im Namen, beziehungsweise mit dem Rechte des Miethgebers innehat, mit einer Klage auf summarische Reposition gegen dritte Personen nur in dem Falle auftreten, wenn hiedurch mittelbar die Rechte des Miethgebers gestört worden sind.

Ferner Zahl 1560/1888.

Nachdem der Kläger, als Pächter des Geklagten die Bezahlung der fällig gewordenen Pachtzinsrate versäumt hat, als ihn demzufolge der Geklagte der Pacht enthob, steht ihm dem Letzteren als Eigenthümer gegenüber nicht das Recht zu, die Reposition auf summarischem Wege zu begehren, da nach dem § 4 des Gesetzartikels XXII 1802: „der Pächter infolge einer seitens des Eigenthümers geschehenen Störung nur in dem Falle ein Recht auf Reposition hat, wenn er seinerseits den Bedingungen des Vertrages Genüge geleistet hat."

Kurie: „Das den Kläger mit seiner Klage abweisende Urtheil der zweiten Instanz musste bestätigt werden, da der Pächter dem Eigenthümer gegenüber nur in dem Falle ein Recht auf Reposition hat, wenn er den Bedingungen des Pachtvertrages entsprochen hat (G. A. XXII 1802.) Gegenüber der diesbezüglichen Einwendung der in den Prozess gerufenen Eigenthümerin Marie M . . . hat jedoch der Kläger nicht bewiesen, dass er den vor der Störung bereits fällig gewesenen Pachtzinsbetrag ausbezahlt hätte..." (10. Okt. 1890. Zahl 8112. Band I. Márkus.)

Schliesslich:

Kurie: „Der Umstand, dass eine Realität in Pacht gegeben wird und also der Innehabung des Pächters unterliegt, schwächt zwar das Besitzrecht des Pachtgebers nicht, sondern ist vielmehr so zu betrachten, wie wenn der Pachtgeber den Besitz thatsächlich ausüben würde..," (14. Juli 1891. Zahl 5409/1890. B. III. Márkus.)

Aus diesen Entscheinngen kann das keineswegs abgeleitet werden, was die Motivirung behauptet, dass nämlich dem Standpunkte des ungarischen Privatrechtes gemäss „der Miether und Pächter eine Repositionsklage gegen den Miethgeber und Pachtgeber haben, doch nicht umgekehrt." Was eigentlich bedeuten will, dass Miether und Pächter Besitzer sind, Miethgeber und Pachtgeber aber nicht.

So kam der § 523 des Entwurfes zu dem bedauerlichen Ergebnisse, dass er zwar eine neue Institution einführen wollte, es aber nicht wagte dieser jenen Namen zu geben, mit welchem der diese Institution schaffende deutsche Kodex dieselbe bezeichnet hat. Ja derselbe erklärte sogar, der „mittelbare Besitzer" sei kein Besitzer, jedenfalls mit dem Zwecke, dass bezüglich des Verhältnisses vom mittelbaren zum unmittelbaren Besitzer

kein Zweifel entstehen könne, wenn beide Besitzer sind, und um der in der deutschen Literatur aufgetauchten und obberührten Unsicherheit und Disputation vorzubeugen, kurz um die §§ 868 und 869 zu korrigiren.

Das Resultat hievon ist, dass z. B. der Miethgeber keinen possessorischen Schutz geniesst, sondern nur einen petitorischen Schutz gegen seinen Miether hat. Dass demzufolge der Eigenthümer, beziehungsweise unseres Dafürhaltens nach der eigentliche Besitzer der Willkür und dem bösen Willen des Miethers, des Pächters, des Nutzniessers u. s. w. vollkommen ausgeliefert wird, kann ohne jegliche Sehergabe vorhergesehen werden. Das heisst, das Ergebniss des § 523 des Entwurfes ist, dass der Eigenthümer, — denn meistens ist ja dieser der „mittelbare Besitzer" — bei dem stets langsameren, weil immer mit Rechtsfragen sich abgebenden petitorischen Wege empfindliche Schäden erleidet, der mittelbare Besitzer aber sorglos dahinlebt und unter allen Umständen dem Eigenthümer gegenüber einen possessorischen Schutz geniessen wird, selbst dann, wenn er keinen Heller Zins bezahlt hat, selbst dann, wenn er sämmtliche Verfügungen des Vertrages verletzte.

Und all dies geschieht deshalb, weil das deutsche Gesetz die Institution des „mittelbaren Besitzes" eingeführt hat, welche so dann auch der Entwurf prinzipiell annahm, obzwar sich bei uns, in unserem Rechte richtigere Spuren vorfinden, welche verfolgend man diese vielen nachtheiligen Konsequenzen sicher hätte umgehen können.

Im Obigen haben wir den auf den Ges.-Art. XXII 1802 basirten Standpunkt der Judikatur, laut welchem der Miether und der Pächter Inhaber, der Mieth- und Pachtgeber hingegen Besitzer sind, eingehend gerechtfertigt. Weshalb verbleiben wir bei diesem Prinzipe nicht weiter?

Ist denn schon jemals eine Klage deswegen laut geworden, weil das lebende Recht den Miether als Inhaber qualifizirt? Ist demzufolge der Miether dritten Personen oder dem Miethgeber gegenüber schutzlos geblieben? Und war der Miethgeber der Willkür des Miethers dermassen ausgeliefert, wie dies im Sinne des § 524 des Entwurfes gar oft geschehen kann?

Da die Antwort auf diese Fragen in jedem Falle günstig lautet: erklären wir, dass unseres Dafürhaltens nach nicht die §§. 868 und 869 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, sondern der Ges.-Art. XXII: 1802 und die ungarische Judikatur als massgebend zu acceptiren seien. Wir sehen nun, dass der Entwurf hier gegen den als Basis der Kritik aufgestellten zweiten Gesichtspunkt verstösst, und den Anforderungen nicht entspricht.

Weshalb denn in die Fremde gehen, wenn wir zu Hause Besseres finden? Wir stellen daher den Antrag, das Gesetz möge die im §. 523 des Entwurfes erwähnten „unmittelbaren Besitzer" zu Inhabern machen. Es möge dieselben in eine besondere Klasse einreihen neben Denjenigen, welche nicht vermöge des über die Sache geschlossenen

Vertrages Inhaber sind. Jhering selbst stellt in einigen dieser Fällen die Innehabung fest, ebenso wie das römische Recht, welches in letzterer Zeit unrichtigerweise in der Besitzlehre beiseite geschoben wird, obwohl viele Grundsätze desselben auch auf diesem Gebiete unverändert bestehen. Wenn dann das Gesetz — mit dem lebenden Rechte übereinstimmend — diesen Inhabern den possessorischen Schutz verleiht, so wird deren Lage dritten Personen gegenüber ebenso wie dem Besitzer gegenüber (doch wenn die Innehabung auf einem Vertrage beruht, in dem letzten Falle nur dann, wenn sie den Bedingungen des Vertrages ihrerseits entsprochen haben) keine schlechtere sein, als laut dem § 523 des Entwurfes, das Gesetz aber wird unvergleichlich besser sein, da dem Besitzer der pessessorische Schutz dem Inhaber gegenüber zusteht, demzufolge die oben ausgeführten sämmtlichen Nachtheile und Schäden vermieden sein werden.

Wir heben noch hervor, dass im Falle der Annahme unseres Antrages der Standpunkt des Gesetzes auch im Übrigen ein konsequenter sein wird. Denn wenn man auch dagegen Einwendung erheben kann, dass wir dem Inhaber einen possessorischen Schutz verleihen, auf welche Einwendung wir bereits die Antwort ertheilt haben: können denjenigen Verfügungen des § 523 des Entwurfes, nach welchen der „mittelbare Besitzer“ zwar kein Besitzer und auch kein Inhaber ist, jedoch in gewissen Fällen dritten Personen gegenüber trotzdem einen possessorischen Schutz geniesst, viel gewichtigere Zweifel entgegengehalten werden.

Dies macht die Theorie des Besitzschutzes nebelig und unverständlich und birgt einen viel grösseren „inneren Widerspruch“ in sich, als der dem Inhaber ertheilte possessorische Schutz. Hieran — scheint es — hat man bei der Rezeption der §§. 868 und 869 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches nicht gedacht, beziehungsweise wollte man damals, als man den „mittelbaren Besitzer“ seiner Eigenschaft als Besitzer entledigt hat, sicherlich jenes Prinzip des römischen Rechtes aufrecht erhalten, dass dieselbe Sache zur selben Zeit von Zweien nicht ganz besessen werden kann, welches Prinzig im deutschen Gesetze zweifelsohne verletzt wurde, um die berüchtigte Institution des „mittelbaren Besitzes“ schaffen zu können.

Wir müssen nur noch auf den § 524 des Entwurfes hinweisen, welcher folgendermassen lautet:

Die Vorschriften des § 523 gelten auch zu Gunsten Desjenigen, von dem derjenige den Besitz auf Grund eines der dort bezeichneten Rechtstitel erworben hat, der ihn wieder unter einem ähnlichen Rechtstitel auf den jetzigen Besitzer übertrug.

Dieses verwickelte Konzept, welches darum ein solches ist, weil es die Ausdrücke „unmittelbarer“ und „mittelbarer Besitzer“ nicht benützt, bedeutet, dass falls zum Beispiel der Pächter die Sache in Subpacht giebt, in diesem Falle der Subpächter Besitzer wird. Der Pachtgeber aber, beziehungsweise

der Subpachtgeber ist kein Besitzer. Es ist dies die Ausgestaltung jener Konstruktion, welche der § 523 aufstellt, um eine Quelle von noch mehr Wirren zu schaffen. Um wie vieles einfacher ist die durch uns beantragte Aenderung, laut welcher der Pachtgeber Besitzer, der Pächter und Subpächter hingegen Inhaber wären.

Was nun jenes zweite Argument betrifft, mit welchem wir unsere gegen die §§ 510 und 523 des Entwurfes erhobenen Einwendungen zu unterstützen glauben: dieses Argument schöpfen wir aus anderen Theilen des Entwurfes.

Der Besitz hat nämlich im System des Privatrechtes nicht nur jene Bedeutung, dass er als die thatsächliche Gewalt über die Sache Rechtsschutz geniesst, vielmehr ist jene seine Bedeutung ebenso wichtig, welche es vom Gesichtspunkte der Erwerbung des Eigenthumrechtes, insbesondere der Aneignung, der Ersitzung, der Übergabe, ferner der Eigenthumsklage und einigermassen vom Gesichtspunkte des Pfandrechtes auch laut dem Entwurfe besitzt. (Motivirung Band II. Seite 66 und 69.)

Wenn wir nun die auf die eben erwähnten sachrechtlichen Institutionen bezughabenden Regeln prüfen und mit den in dem vom Besitz und Besitzschutz handelnden Titel enthaltenen Verfügungen vergleichen, sehen wir, dass der Entwurf eigentlich zweierlei Besitze kennt. Der eine Besitz ist der, den er in den §§. 505—524, der andere, den er im Zusammenhange mit dem Eigenthumsrechte schafft. Im ersteren Falle ist der Besitz die thatsächliche Gewalt über die Sache; der in den letzteren Fällen geregelte Besitz aber kommt vor, wenn der Betreffende die Sache „als die eigene" in seiner Gewalt hat. Auch die Motivirung gesteht dies ein (Band II. Seite 69 und 70) und fühlt auch den Fehler, in welchen der Entwurf verviel und in welchen derselbe durch die Eliminirung der Innehabung und durch die Acceptirung des mittelbaren Besitzes fallen musste: dass nämlich in der Besitzlehre neuerdings der animus rem sibi habendi spuckt.

Vergebens erwähnt die Motivirung zweimal, in zwei nacheinander folgenden Sätzen, dass die Forderung „die Sache als Eigen zu besitzen" mit dem sogenannten Besitzwillen nicht vollständig identisch sei, es besteht kein Zweifel, dass die Lehre des Entwurfes selbst bezüglich der Begriffsbestimmung des Besitzes nicht klar ist, nachdem es einen Besitz giebt, welcher eigentlich kein Besitz ist, da er eines begrifflichen Bestandtheiles des wahren Besitzes ermangelt.

Der Entwurf lässt auf der einen Stelle den animus rem sibi habendi fallen, um ihn auf der anderen Stelle wenigstens theilweise auferstehen zu lassen.

Doch konnte ja dies nicht anders geschehen bei einem Vorgehen, welches Jeden ohne Ausnahme zum Besitzer macht, der über die Sache eine

thatsächliche Gewalt ausübt. Welche entsetzlichen Ergebnisse würden auch ansonsten entstehen, wenn z. B. mein Miether mein Haus ersitzen könnte, aus dem Grunde, weil er Besitzer laut § 523 ist, und weil er innerhalb der Ersitzungsfrist unausgesetzt die thatsächliche Gewalt darüber ausgeübt hat. Auf diese Weise würde der Pfandgläubiger, der Nutzniesser, der Kommodator, der Depositar u. s. w. das Eigenthum erwerben, da ja diese von A bis Z Besitzer sind! Das kann aber doch nicht gestattet werden, weshalb man den Fehler, der mit der Statuirung des mittelbaren Besitzes und mit der Eliminirung der Institution der Innehabung verübt wurde, gutmachen will, wenn es nicht anders geht, mit einem andern — Fehler!

Wenn es schon so viele Besitzer gibt, welche aber doch keine Besitzer sind, da ihnen ja sonst auch die Ersitzung zustünde; da müsste man einen andern Begriff, eine andere, echte Besitzkategorie aufstellen, mit welcher man dann schon fortkommen kann auch im Gebiete der sachlichen Rechte! Dass ein Theil der früheren Besitzer keine echten Besitzer sind, da sie nur einen Besitzschutz haben, das thut nichts; dass der Gesetzgeber auf diese Weise aus einem Besitz zweie macht, thut auch nichts, wie es scheint.

Und hernach können wir getrost fragen, warum man den Begriff des Besitzes, welcher auf Grund der Theorie Jhering's endlich einmal geklärt werden könnte, verdunkeln und den animus rem sibi habendi neuerdings hineinschmuggeln muss. Warum regeln wir den Besitz nicht gleichmässig vom Gesichtspunkte des Besitzchutzes und vom Gesichtspunkte der sachlichen Rechte? Wozu eine besondere Art des Besitzes dort und eine andere Besitz-Art hier? Warum separiren wir von den Besitzern nicht jene, die nur statt eines Anderen die thatsächliche Gewalt über die Sache ausüben und die demzufolge in der That gar keine Besitzer sind. Warum erklären wir nicht in Bezug auf dieselben, dass sie Inhaber sind, woraus dann von selbst folgen würde, dass sie z. B. das Eigenthumsrecht nicht durch Ersitzung erwerben können einfach darum, weil hiezu der Besitz nöthig ist.

Und wie leicht ist sämmtlichen Übeln abzuhelfen, wenn wir nur denjenigen zum Besitzer machen, der es auch thatsächlich ist; aus dessen thatsächlicher Gewalt ein Recht werden kann, da dies nach unserer Ansicht die Scheidelinie zwischen Besitzer und Inhaber ist. Der Erstere hat eine solche thatsächliche Gewalt über die Sache, welche nach einer gewissen Zeit zum Eigenthume erstärken kann, der Letztere hingegen kann nie zum Eigenthümer werden, da dem jenes Rechtsverhältniss im Wege steht, welches zwischen dem Inhaber und dem Besitzer obwaltet und bei dessen Ausserachtlassung dem Besitzer, dessen thatsächliche Gewalt über die Sache trotz des Rechtsverhältnisses nicht aufgehört hat, ein Unrecht zugefügt werden würde.

Und selbst wenn der Besitz keine sachrechtlichen Beziehungen hätte,

wenn namentlich derselbe niemals eine Ersitzung resultieren könnte: dann bestände thatsächlich kein Unterschied zwischen Besitz und Innehabung und wäre dann jener Standpunkt des Entwurfes, laut welchem es keine Innehabung giebt, der richtige und könnte man höchstens insofern eine Einwendung dagegen erheben, dass dem sogenannten, „mittelbaren Besitzer“ gegen den „unmittelbaren Besitzer“ kein possessorischer Schutz gewährt wurde.

Doch da die erwähnten sachrechtlichen Beziehungen auch laut dem Entwurfe bestehen, ist hier neuerdings das Ergebniss, dass die §§. 510 und 523 des Entwurfes, so wie jene §§. in welchen für das Sachenrecht eine besondere Art des Besitzes statuirt wurde, zu korrigiren sind und die ganze Besitzlehre derart umzuarbeiten ist, dass neben dem Besitze die Innehabung eine besondere Institutien sei, dass es nur einen einzigen Besitz gebe, und dass der mittelbare und unmittelbare Besitz, so wie die mannigfaltigen Kategorien des Besitzes, welche in der deutschen Literatur entstanden, sämmtlich zu verwerfen sind.

Dasselbe muss auch vom Standpunkte der Technik der Gesetztextirung empfohlen werden. Denn es ist ein zu beherzigender Gesichtspunkt, dass die positiven Gesetznormen je einfacher, je klarer und je verständlicher verfasst werden mögen. Die Textirung der einzelnen §§. des Entwurfes ist aber eben infolge einer mangelnden Innehabung und demzufolge, weil der § 523 den Ausdruck „mittelbarer Besitzer“ nicht acceptirt, ausserordentlich complizirt.

Den § 524 haben wir bereits angeführt, und ebenso schwerfällig und schwer verständlich ist jeder §, der mit dem § 523 zusammenhängt. So z. B. der das constitutum possessorium regelnde Paragraph 627, der zweite Satz der Alinea 1. des § 631., die Alinea 2 des § 659 und 670 und die §. 641. 661 666 und 802.

Von diesen wollen wir hier nur den § 641 besonders erwähnen, welcher nicht nur vermöge seiner schwerfälligen Textirung, sondern auch deshalb hervorzuheben ist, weil er uns zeigt, welch' auffallenden weiteren Fehler der Entwurf in Folge der Annahme der Institution des mittelbaren Besitze zur begehen genöthigt war, noch mehr aber deshalb, weil behufs Umgehung von Komplikationen der mittelbare Besitzer gar nicht als Besitzer betrachtet wird.

Dieser nennenswerthe §. lautet folgendermassen:

In Ansehung der Ersitzung steht Demjenigen, der eine bewegliche Sache als ihm gehörend im Besitze hat, derjenige gleich, dem gegenüber irgendein anderer vermöge eines die Sache belastenden Rechtes oder eines Rechtsverhältnisses zum Besitze berechtigt ist (§ 522), vorausgesetzt, dass er die Sache dem andern als eine ihm gehörende in Besitz gab.

Dies hat aber den Sinn, dass der mittelbare Besitzer, z. B. der Miethgeber ersitzt und nicht der unmittelbare Besitzer, also nicht der Miether.

Der Sinn ist ein richtiger, doch was ward aus der ganzen Ersitzungslehre.

Im Obigen haben wir erwiesen und ist es auch aus dem eben angeführten § 641 zweifellos, dass — um bei dem Beispiele zu bleiben — der Miether Besitzer ist, der Miethgeber hingegen nicht. Damit aber der Besitzer nicht etwa durch Ersitzung das Eigenthumsrecht erwerbe, konstruirt nun der § 641 einen solchen Ersitzungsfall, in welchem derjenige ersitzt, der kein Besitzer ist. Also kann im Wege einer Ersitzung erworben werden, — ohne Besitz!

Es ist zwar zweifellos, dass der § 641 dies nicht darum deklarirt, als ob er dessen nicht wohl bewusst wäre, worin die Ersitzung besteht, sondern darum, weil er hiezu gezwungen war. Man gerieth infolge der Weglassung der Innehabung und Annahme des mittelbaren Besitzes in eine Sackgasse, aus welcher man nur durch die Deklarirung dessen herausgelangen konnte, dass auch derjenige ersitzen kann, der nicht im Besitze ist, damit nur nicht der Miether, der Nutzniesser, der Depositar u. s. w. durch Ersitzung das Eigenthum erwerben können.

Doch hat der § 641 auch einen anderen Fehler. Es kann, ja es muss sogar in jedem einzelnen Falle nicht nur das Rechtsverhältniss zwischen dem unmittelbaren Besitzer und dem mittelbaren Besitzer aufgeworfen werden, sondern es muss auch das geprüft werden, ob der Letztere die Sache als seine eigene dem Ersteren überliess? Es sind also zuerst zwei schwere Fragen zu lösen, und dann folgt die Prüfung der anderen Bedingungen der Ersitzung, um die Ersitzung bezeugen zu wollen.

Um wieviel einfacher und wie tadellos wäre der Entwurf, (da auch diese beiden vorhergehenden Fragen nicht gelöst werden müssten und auch die Ersitzung nicht ihres Wesens entkleidet werden müsste), wenn wir sagen möchten: der mittelbare Besitzer z. B. der Miethgeber sei der Besitzer, weshalb nur dieser ersitzen kann; der unmittelbare Besitzer hingegen, z. B. der Miether sei der Inhaber, wobei also nie ein Zweifel entstehen kann, dass er die Sache durch Ersitzung nicht erwirbt, insolange er Inhaber bleibt.

Und wenn alle unsere anderen Argumente, welche wir gegen die Besitzlehre des Entwurfes angeführt haben, werthlos wären und wenn alle widerlegt werden könnten, oder wenn nicht das einzige Argument entgegengehalten werden könnte, dass der Entwurf den Begriff der Ersitzung unklar macht, müsste man ihn nur wegen dieses einen Fehlers ändern und müsste man schon deswegen den mittelbaren Besitz fallen lassen und die Institution der Innehabung anerkennen.

Denn es darf nicht sein, dass das ungarische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, welches mit so viel Sorgfalt, Begabung und Arbeit sicherlich für eine lange Zeit angefertigt wurde, an einem so primitiven Fehler leide.

IV. Die Grundprinzipien der Regelung des Besitzes und der Innehabung.

Im Obigen haben wir bereits betont, dass zwischen Besitz und Innehabung eigentlich nur infolge der sachrechtlichen Beziehungen dieser beiden Institutionen ein Unterschied besteht. Dieses Resultat konnte auf Grund der Objektivitäts-Theorie erreicht werden, deren hervorragende Bedeutung darin hervortritt, und dies müssen wir hauptsächlich betonen, dass sie den Unterschied, der zwischen Besitz und Innehabung nach der Subjektivitäts-Theorie in Bezug auf den animus früher bestand, aufhob.

Die Folge dessen ward, dass vom Gesichtspunkte des possessorischen Schutzes der Besitz von der Innehabung kaum abweicht; beide sind gleichsam eine thatsächliche Gewalt über die Sache, und schützen wir demzufolge die eine, so müssen wir eo ipso auch die andere schützen.

Nachdem aber die thatsächliche Gewalt über die Sache auch sachrechtliche Folgen hat, welche von keiner Besitztheorie ausser Acht gelassen werden dürfen, wenn wir nicht die Institutionen der Aneignung und der Ersitzung vernichten wollen: hat doch die thatsächliche Gewalt über die Sache zwei Arten. Die eine ist die, welche die Person im eigenen Namen ausübt, oder welche dieselbe statt ihrer ausüben lässt, welche ihr daher ohne Rücksicht auf gewisse Personen zusteht und mittelst welcher das Eigenthumsrecht erworben werden kann: Das ist der Besitz. Die andere aber ist die, welche die Person statt eines andern (gleich ob für sich oder für einen andern) ausübt und welche demzufolge niemals zu einer Ersitzung führen kann. Diese ist die Innehabung. Die Erfordernisse „im eigenen Namen", oder „statt eines Andern" weichen von den begrifflichen Bestandthellen des „animus rem sibi habendi" und des „animus alieno nomine tenendi" des römischen Rechtes beziehungsweise der Subjektivitäts-Theorie gänzlich ab, da in den letzteren der animus, also ein auf keine Weise kontrollirbarer und überdies nach Gutdünken abänderbarer innerer Moment und Entschluss der entscheidende Faktor ist; wohingegen bei dieser Theorie der objektive Thatbestand es zeigt, ob ein Besitz oder nur eine Innehabung obwaltet. Es ist nämlich die Ingewalthaltung statt eines Andern, das heisst, die Innehabung festzustellen, wenn ein Rechtsverhältniss als Grundlage dient, wenn noch eine Person existirt, und die thatsächliche Gewalt über die Sache infolge dieses Rechtsverhältnisses mit Rücksicht auf diese Person ausgeübt werden muss. Auf welche Weise der Inhaber diese Herrschaft ausüben will: ob im eigenen Namen, also nicht statt eines Andern: dieser animus ist vollständig irrelevant, insolange das die Grundlage der thatsächlichen Gewalt bildende Rechtsverhältniss besteht. Dies entscheidet also; jener Umstand aber, dass er — falls ein zweiseitiger Kontrakt die Grundlage des Rechtsverhältnisses wäre — den Bedingungen dieses Kontraktes eventuell

nicht Genüge geleistet hat, ist vom Gesichtspunkte der Innehabung unrichtig. nachdem die letztere infolgedessen noch zu keinem Besitze wird. Irrthümlich ist also jene Behauptung der Motivirung, als ob eine gelungene oder erfolglose Verweigerung der Gegenleistung schon den Besitz bedeuten würde, wenn im Übrigen das Rechtsverhältniss aufrecht besteht. Z. B.: Der Miethvertrag lautet auf drei Jahre; mein Miether wird während dieser Zeit durch die Verweigerung der Bezahlung der fälligen Miethen kein Besitzer. Nur wenn der Inhaber auch nach dem Aufhören des Rechtsverhältnisses die Sache in seiner Gewalt hält, wird er Besitzer. Z. B.: Mein Miether ist, wenn er nach Ablauf der dreijährigen Miethezeit und trotzdem, dass wir den Kontrakt nicht erneuert haben, aus meinem Hause nicht hinausgeht: als Besitzer zu qualificiren. Oder: insolange der Forstwart ein Angestellter des Grundherrn ist, ist er nur Inhaber des vom Grundherrn erhaltenen Gewehres, wenn aber der Kontrakt gelöst wird, und er das Gewehr mit sich nimmt, ist er als Besitzer zu betrachten.

Auf diese Weise kann also zwischen Besitz und Innehabung eine klare Grenzlinie gezogen werden. Namentlich in dem Falle, wenn der Thatbestand derjenige ist, dass nicht ein Rechtsverhältniss zum Grund der thatsächlichen Gewalt dient, wenn also diese im eigenen Namen ausgeübt werden kann, weil der Betreffende einen andern nicht zu berücksichtigen braucht, liegt der Besitz vor.

All' dies kann in ultima analysi darauf zurückgeführt werden, dass die thatsächliche Gewalt, wenn sie auf einem Rechtsverhältnisse beruht, niemals zur Ersitzung führen kann, da die übertragene Berechtigung nicht zum Schaden des Übertragenden dienen kann.

Theoretisch ist es naturgemäss schwerer diese beiden Begriffe richtig zu konstruiren und ist der Gesetzgeber in einer viel leichteren Lage, wenn er die Fälle der Innehabung feststellen muss. Denn wenn es wahr is, dass in jedem Falle, wenn die thatsächliche Gewalt über die Sache auf einem Rechtsverhältnisse beruht, dass heisst eine solche ist, dass sie im Erdresultat zu keiner Ersitzung führen kann, eine Innehabung obwaltet: dann muss der Gesetzgeber einfach a posteriori folgern. Indem er also zuerst an die Folgen denkt, wird er in jenen Fällen, in welchen die Ersitzung auf Grund der thatsächlichen Gewalt nicht gestaltet werden kann, da der Betreffende diese Gewalt über die Sache infolge eines Rechtsverhältnisses statt eines Andern ausübt, unbedingt eine Innehabung feststellen. Dieser Gesichtspunkt gibt also dem Gesetzgeber den richtigen Wegweis in der Ausübung jenes seines Rechtes, welche thatsächliche Gewalt über die Sache er zur Innehabung degradiren soll und kann, den wahren Sinn dieser Degradation darin erkennend, dass die Innehabung deshalb eine schwächere und geringere Herrschaft ist, als der Besitz, weil sie mit Rücksicht auf eine and e Person ausgeübt werden muss und nicht zur Grundlage der Ersitzung und Aneigung dienen kann.

Auf dieser Grundlage kann die Besitzlehre des Entwurfes bei Korrigirung der obberührten Fehler zu einer vollständigeren als jedes bisherige Gesetz gemacht werden.

Diess müsste nun unserer Ansicht nach, folgendermassen geschehen.

I. Die Regeln des Besitzes und der Innehabung sind in erster Linie in zwei besonderen Kapiteln zu gruppiren, sodann sind aus dem Kapitel des Besitzes die §§. 510, 523 und 524 auszulassen, welche im Wesen von der Innehabung handeln und deren Material — nebst entsprechender Gruppirung und Ergänzungen — an die Spitze des Kapitels über die Innehabung zu stellen ist, woselbst nämlich vor Allem die Fälle der Innehabung festzustellen sind, beziehungsweise wo jene Kriterien aufzuzählen sind, auf Grund welcher es in jedem einzelnen Falle leicht sein wird zu entscheiden, ob ein Besitz oder eine Innehabung obwaltet. Dieses Verfahren wird unter Einem die theoretische Klarlegung des Begriffess der Innehabung befördern, was — wie dies auch in der deutschen Literatur anerkannt wird — bisher noch nicht erfolgt ist, entsprechend der Objectivitäts-Theorie.

Behufs Präcisirung des gegenseitigen Verhältnisses von Besitz und Innehabung ist im Kapitel über den Besitz zu erklären, dass der Besitz auch dann nicht aufhört, wenn ein Anderer die Sache innehat. Diese Regel kann als Einleitung des §. 513 plazirt werden.

Was nun die Fälle der Innehabung betrifft, sind dieselben vom Gesichtspunkte des Besitzschutzes in zwei Klassen zu theilen.

In die eine Klasse gehören jene, die den Besitz statt eines Andern und für einen Andern ausüben, dessen also der richterliche Schutz auch dritten Personen gegenüber nicht geboten werden muss. Den richterlichen Schutz kann in solchen Fällen bei Entziehung oder Störung der Innehabung auch der Besitzer selbst in Anspruch nehmen, da dies zugleich eine Besitzentziehung eine Besitzstörung bedeutet.

In die andere Klasse sind jene Inhaber einzureihen, deren Rechtsverhältniss dem Besitzer gegenüber ein solches ist, dass sie zwar statt eines Andern, doch für sich oder wenn auch nicht für sich, doch auf Grund eines behördlichen Mandates die Sache in ihrer thatsächlichen Gewalt halten, weshalb sie nicht nur dritten Personen gegenüber, sondern auch dem Besitzer gegenüber auf einen Besitzschutz angewiesen sind.

a) Die erste Klasse stellt sich aus den Fällen der häuslichen, der procuratorischen und der momentanen Detention zusammen. Bei diesen unterliegt es nämlich keinem Zweifel, dass die Innehabung statt eines andern und nicht für sich geschieht. Die Fälle der häuslichen Detention zählt §. 510 theilweise auf. In der deutschen Literatur benützt Endemann den Ausdruck „Besitzhalter“ und Beckker — gegenüber dem „Besitzherrn“ Jhering's — den Ausdruck „Besitzdiener“ für die häusliche Detention, welche Ausdrücke Eduard Klein (in der angeführten Artikel-Serie „Jog“ 1902/3) mit „birtokszolga“ (Besitzdiener) und Julius Zachár

mit dem Ausdrucke „birtoksegéd" (Besitzgehilfe) ungarisch zu wiedergeben versucht haben. („Der Besitz im Entwurfe des ungarischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches". Kritische Studie. Seite 69. Abhandlungen des Juristen-Vereins Bind XXIII. Heft 4.)

Zur genaueren Bezeichnung der häuslichen Detention könnte man ausser „dem Haushalte, dem Geschäfte und anderen Verhältnissen" auch den Ausdruck „angewandte" benützen, welche sich auch auf die sogenannten staatsrechtlichen Inhaber beziehen würde. Hieher würden gehören: Der Richter, der Professor, der Bibliothekar, der Notar u. s. w., denen gegenüber Besitzer wären: der Staat, dem das in den Lokalitäten befindliche Inventar gehört; die Religionsgemeinde, der die Schule, das Casino, dem die Bibliothek; die Gemeinde, der das Gemeindehaus und die Einrichtungsgegenstände desselben gehören, etc.

Die prokuratorische und die momentane Detention könnten derart umschrieben werden, dass hieher Derjenige einzureihen ist, der die Sache in Folge eines in einem Kontrakte oder auf eine andere Weise ausgesprochenen oder aus den Umständen ersichtlichen Uebereinkommens sofort zurückzugeben oder die auf die Sache bezüglichen Weisungen zu befolgen verpflichtet ist. Zur früheren Kategorie gehört z. B. der Depositär, zur letzteren Derjenige, der im Theater von seinem Nachbarn den Gucker verlangt; der Dienstmann, der die mit Mustern gefüllte Handtasche dem Agenten nachträgt*.

b) In der anderen Klasse der Inhaber müssen drei Kategorien unterschieden werden, je nach dem

1. ein die Sache belastendes Recht,
2. ein hinsichtlich der Sache geschlossener Vertrag, oder
3. ein behördliches Mandat die Grundlage der Innehabung ist.

Zur ersten Kategorie gehört z. B. der Nutzniesser, der zur Benützung (usus) Berechtigte, der Faustpfandgläubiger, zu zweiten z. B. der Miether, der Pächter, der Kommodator und zur dritten Kategorie der Vormund, der Kurator, der Sequester.

II. In dem Kapitel über die Innehabung muss sodann festgestellt werden, wie die Innehabung entsteht und wie dieselbe anfhört. In dieser Beziehung wird es genügen auszusprechen, dass die §§ 505, 508, 511 und Alinea 1 und 2 des § 513 entsprechend anzuwenden sind. Die §§ 506, 507, 509 und 512 nämlich, welche einige Fälle der Erwerbung, beziehungsweise des Aufhörens des Besitzes vorzählen, sind auszulassen, da eine solche Aufzählung im Gesetze ganz unnöthig ist, wie dies Julius Zachár (angeführte Abhandlung 31. und folg. Seiten) und Moritz Katona (11. Seite der Abhandlung: Kritik der Besitzlehre des Entwurfes) in überzeugender Weise dargelegt haben.

Da die Beziehung der Detention zum Besitze je genauer umschrieben

*) Eduard Klein empfiehlt die Aufnahme ähnlicher Ergänzungen in den § 510. („Jog". 1902/3.)

werden muss, kann eventuell auch ausgesprochen werden, dass die Detention auch in dem Falle aufhört, wenn jenes Rechtsverhältniss, welches die Grundlage der über die Sache ausgeübten thatsächlichen Gewalt war, aufgehört hat. In diesem Falle wird, wie wir wissen, der gewesene Inhaber. wenn er die Sache weiter in seiner Gewalt hält, Besitzer.

III. Eine wichtige Frage ist die Regelung des Schutzes der Innehabung. In dieser Hinsicht ist neben dem obberührten Gesichtspunkte als Richtschnur zu betrachten, dass auch der Inhaber die im § 515, sowie dritten Personen gegenüber die im § 517 enthaltenen Rechte ausüben könne und dass demzufolge der § 516 auch auf die Innehabung auszudehnen sei. Hingegen kann der § 514 nicht ausgedehnt werden, weil das die Grundlage der Innehabung bildende Rechtsverhältniss mit dem Tode des Inhabers immer endigt.

Hinsichtlich des Klagschutzes ist in Übereinstimmung mit dem Standpunkte der richterlichen Praxis jene Einschränkung aufzustellen, dass in dem Falle, wenn der Inhaber dem Vertrage seinerseits nicht entsprochen hat, ihm dem Besitzer gegenüber eine summarische Wiedereinräumung nicht zusteht.

Im Übrigen sind aber die §§ 519—521, welche der Entwurf aus dem heute lebenden Rechte in richtiger Weise übernommen hat, ebenfalls auf die Innehabung auszudehnen, und ist es höchstens geboten, bei ihrer Textirung die Bemerkungen Moritz Katona's (angeführte Abhandlung 29 und folg. Seiten) in Erwägung zu ziehen. Nicht ausdehnbar ist aber der § 522, weil dessen Anwendung nur dem Besitzer gegenüber gestattet werden kann, sonst könnte dem Inhaber trotz seines bestehenden Rechtsverhältnisses seine thatsächliche Gewalt über die Sache oft entzogen werden.

Schliesslich ist zu Gunsten des auf Grund eines mit dem Inhaber geschlossenen Rechtsgeschäftes auftretenden neueren Inhabers z. B. des Aftermiethers, des Subpächters etc. auszusprechen, dass er in ähnlicher Weise zu behandeln sei, wie sein Rechtsvorgänger.

Hernach bleibt nichts Anderes übrig, als im Sinne der sub III. und IV. erörterten Prinzipien den zweiten Titel des Sachenreches des Entwurfes zu textiren. Wir bemerken nur noch, dass wir die Numerirung der Paragraphe beim 1 § dieses Titels des Entwurfes, nämlich bei § 505 beginnen.

V. Der neue Text des zweiten Titels des Sachenrechtes.

Der Besitz und die Innehabung.

I. Kapitel.

Der Besitz.

§ 505.

Den Besitz einer Sache erwirbt durch eine einseitige Handlung Derjenige, der die thatsächliche Gewalt über die Sache erlangt.

§ 506.

Den Besitz einer Sache erwirbt durch Übertragung Derjenige, der mit dem bisherigen Besitzer bezüglich der Übertragung übereinkommt und zu der Sache in ein solches äusseres Verhältniss tritt, in welchem er die thatsächliche Gewalt über sie auszuüben vermag.

§ 507.

Der Besitz endigt dadurch, dass der Besitzer die Ausübung der thatsächlichen Gewalt über die Sache aufgibt oder die thatsächliche Gewalt aus einem, ausserhalb seiner persönlichen Eigenschaften liegenden Grunde nicht mehr auszuüben vermag.

§ 508.

Der Besitz endigt nicht dadurch, dass der Besitzer die thatsächliche Gewalt über die Sache wegen eines solchen Hindernisses nicht auszuüben vermag, welches, vermöge seiner Natur oder der Umstände, nur als vorübergehend erscheint.

Der Besitz endigt auch dann nicht, wenn ein Anderer die Sache innehat.

§ 509.

Der Besitz des Erblassers geht auf den Erben über.

§ 510.

Gelangt eine bewegliche Sache aus der thatsächlichen Gewalt des Besitzers auf ein im Besitze eines Anderen befindliches Grundstück, so hat dessen Besitzer ihm die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu gestatten, insofern nicht mittlerweile er selbst oder ein Anderer ihren Besitz erworben hat.

Der Besitzer des Grundstückes kann den Ersatz des aus der Aufsuchung und Wegschaffung erwachsenen Schadens fordern.

§ 511.

Verbotene Eigenmacht übt Derjenige, der ohne dass das Gesetz es gestattet, dem Besitzer den Besitz — entweder ganz oder zum Theile entzieht oder ihn im Besitze stört.

Der durch verbotene Eigenmacht erworbene Besitz ist fehlerhaft.

Die Fehlerhaftigkeit des Besitzes hat der Erbe, sowie auch Derjenige gegen sich gelten zu lassen, der die Fehlerhaftigkeit des Besitzes seines Vorgängers zur Zeit des Erwerbers gekannt hat.

§ 512.

Der Besitzer kann zu seiner Vertheidigung verbotener Eigenmacht Gewalt entgegensetzen.

Er kann die ihm mittelst verbotener Eigenmacht weggenommene beweg-

liche Sache dem auf frischer That ertappten oder verfolgten Thäter mit Gewalt wieder abnehmen.

§ 513.

Wem der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen wurde, der kann innerhalb eines Jahres nach der Entziehung die Wiedereinräumung des Besitzes von Demjenigen fordern, dessen Besitz ihm gegenüber fehlerhaft ist. (Klage auf summarische Reposition).

Wiedereinräumung kann derjenige frühere Besitzer, dessen Besitz dem gegenwärtigen Besitzer gegenüber ebenfalls fehlerhaft war, nicht fordern, wenn von dem Zeitpunkte des Erwerbes seines Besitzes bis zur Entziehung noch kein Jahr verflossen ist.

§ 514.

Derjenige, der im Besitze durch verbotene Eigenmacht gestört wurde, kann innerhalb eines Jahres nach der Störung von dem Störer die Beseitigung des den Besitz erschwerenden oder unmöglich machenden Hindernisses fordern. Er kann auch von dem Gerichte verlangen, dass es dem Störer die weitere Störung untersage. (Klage auf summarische Reposition wegen Besitzstörung). Dieses Recht steht demjenigen Besitzer, dessen Besitz dem Störer gegenüber fehlerhaft ist, nicht zu, wenn vom Zeitpunkte des Erwerbes seines Besitzes bis zur Störung noch kein Jahr verflossen ist.

§ 515.

Mit dem Begehren um summarische Reposition kann auch das Begehren verbunden werden, dass das Gericht den Geklagten zum Ersatze des durch die verbotene Eigenmacht verursachten Schadens verpflichte.

§ 516.

Ein Recht auf den Besitz oder auf die Vornahme der störenden Handlung kann gegenüber dem Begehren um summarische Reposition geltend gemacht werden, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urtheil festgestellt wird, dass dem Geklagten an der Sache ein solches Recht zustehe, das dem mittelst der Eigenmacht hergestellten Besitzstande entspreche.

Im Übrigen kann gegenüber dem Begehren um summarische Reposition ein Recht auf den Besitz oder auf die Vornahme der störenden Handlung nur zum Nachweise dessen geltend gemacht werden, dass die Entziehung des Besitzes oder die Besitzstörung nicht mittelst verbotener Eigenmacht erfolgt sei.

II. Kapitel.

Innehabung.

§ 517.

Inhaber ist derjenige, der die thatsächliche Gewalt über die Sache zu Gunsten eines Andern in dessen Haushalte, Geschäfte, oder in einem andern

ähnlichen Verhältnisse, oder als Angestellter ausübt, weiters der die Sache gemäss eines durch Vertrag oder auf sonst irgend eine Art ausgedrückten, oder aus den Umständen zu entnehmenden Übereinkommens sofort zurückzugeben, oder die auf die Sache bezüglichen Weisungen sofort zu befolgen verpflichtet ist.

§ 518.

Inhaber ist auch Derjenige, der die thatsächliche Gewalt über die Sache statt eines andern:

1. vermöge eines die Sache belastenden Rechtes;
2. eines betreffs der Sache geschlossenen Vertrages;
3. eines behördlichen Auftrages ausübt.

§ 519.

Die §§ 505, 506 und 507, weiters Alinea 1 und 2 des § 508 und schliesslich die §§ 510 und 511 sind entsprechend auch auf die Innehabung anzuwenden.

§ 520.

Der Inhaber ist auch befugt sich gegen dritte Personen des dem Besitzer nach § 510 zustehenden Rechtes zu bedienen.

§ 521.

Der auf Grund des § 518 innehabenden Partei steht sowohl dritten Personen, wie auch dem Besitzer gegenüber der gerichtliche Schutz zu, in Betreff dessen die §§ 513—515 entsprechend anzuwenden sind.

Die auf Grund der 2. Alinea des § 518 inhabende Partei kann diesen Schutz dem Besitzer gegenüber nur dann geltend machen, wenn sie ihrerseits den Bedingungen des Vertrages entsprochen hat.

§ 522.

Derjenige, der die thatsächliche Gewalt über die Sache von der auf Grund des in Alinea 1 und 2 des § 518 festgesetzten Rechtstitels inhabenden Partei durch Übertragung erworben hat, ist auch als Inhaber zu betrachten und ist seine rechtliche Stellung mit der des mit ihm vertragschliessenden Inhabers identisch.

VI. Die in den sonstigen Theilen des Sachenrechtes vorzunehmenden Änderungen.

In Folge Aufgebung der beiden Arten des Besitzes und infolge ausdrücklicher Aufstellung der Institution der Innehabung muss auch in den übrigen Theilen des Sachenrechtes eine Änderung an der Textirung des Entwurfes vorgenommen werden.

In Folge dieser Änderungen wird die ganze Terminologie des Sachenrechtes eine einheitliche werden, da überall unter Besitz der wahre Besitz, unter Innehabung aber die über die Sache statt eines andern ausgeübte that-

sächliche Gewalt zu verstehen sein wird. Der grosse Vortheil der neuen Verfassung besteht hiebei darin, dass man aus dem Ausdrucke selbst wissen kann, ob von Besitz oder von Innehabung die Rede ist, da die beiden Institutionen stets beim Namen genannt werden. Auch die Satzfügung ist demzufolge die möglichst einfachste und müssen auch dort, wo gegenwärtig vom „mittelbaren Besitze“ die Rede ist, also wo sich der Entwurf auf den § 523 bezieht, keine schwer verständlichen Umschreibungen benützt werden.

Nach der Reihenfolge der Paragraphen des Entwurfes sind folgende Änderungen vorzunehmen:

1. Der 1. Satz des § 592 wird nach Streichung des Ausdruckes „mit dem Willen sie zu seiner eigenen zu machen“, folgendermassen lautet:

„Das Eigenthum an einer herrenlosen beweglichen Sache erwirbt Derjenige, der die Sache in seinen Besitz nimmt“.

2. In den §§ 598, 599 und 612 halten wir den Ausdruck „an sich nimmt“ für unrichtig, weil man nicht wissen kann, ob der Betreffende Besitzer oder Inhaber ist. Unserer Ansicht nach ist er Besitzer, da keiner der in den §§ 517 und 518 des neuen Textes berührten Thatbestände auf ihn passt. Demzufolge sollen die §§ 598 und 599 folgendermassen beginnen: „Derjenige, der eine solche verlorene Sache, deren Werth drei Kronen übersteigt, findet und in seinen Besitz nimmt . . .“, der § 612 aber folgendermassen: „Wer in einer seiner Sachen eine solche Sache findet und in seinen Besitz nimmt...“ Auch die Motivirung (II. S. 282) theilt diesen Standpunkt, da sie von „Inbesitznahme“ spricht.

3. Die §§ 617 und 618 erheischen insoferne eine Änderung, als, nachdem die Nutzniessung und der Gebrauch nicht zum Besitz, sondern zur Innehabung führen, die die Erwerbung des Eigenthums der Erzeugnisse und sonstige Bestandtheile betreffenden Regeln auch auf diese Inhaber auszudehnen sind.

Hingegen verbleibt der § 616 unverändert, weil auch der Inhaber die Erzeugnisse kraft des Rechtes auf Nutzniessung, beziehungsweise Gebrauch, in seinen Besitz und nicht nur in seine Detention nimmt.

Der neue Text des § 617 wäre folgender:

§ 617.

Das Eigenthum an den Erzeugnissen und sonstigen Bastandtheilen erwirbt mit der Trennung, wer kraft eines die Sache belastenden Rechtes zu ihrer Aneignung befugt ist. Auch Derjenige erwirbt es, der die Sache besitzt oder als Gegenstand einer Nutzniessung oder eines Gebrauches innehat.

Der Besitzer erwirbt nicht das Eigenthum an den Erzeugnissen und sonstigen Bestandtheilen, wenn er zum Besitze nicht berechtigt, beziehungsweise, wenn ein anderer zum Bezuge der Nutzungen berechtigt ist und er selbst zur Zeit des Besitzerwerbes nicht in gutem Glauben war, oder bis zur Trennung von dem Rechtsmangel Kenntniss erlangt.

Der Besitzer war zur Zeit des Erwerbes nicht in gutem Glauben, wenn er wusste oder nur aus grober Fahrlässigkeit nicht wusste, dass das Eigenthum ihm nicht zukömmt.

Die Alinea 2 und 3 sind entsprechend auf Denjenigen anzuwenden, der die Sache als den Gegenstand einer Nutzniessung, oder eines Gebrauches innehat.

Der § 618 wäre folgendermassen zu verfassen:

Hat der Eigenthümer oder Derjenige, dem nach der Trennung das Eigenthum an den Erzeugnissen oder sonstigen Bestandtheilen zukommt, deren Aneignung jemand anderem gestattet, so erwirbt dieser das Eigenthum, wenn ihm zugleih die Innehabung der Sache überlassen wurde, mit der Trennung, im widrigen Falle aber nur mit der Besitznahme.

Das Gleiche hat auch dann zu gelten, wenn Derjenige, der die Aneignung gestattete, hiezu keine Berechtigung hatte, es sei denn, dass Derjenige, dem die Aneignung gestattet worden ist, falls ihm zugleich die Innehabung der Sache überlassen wurde, zur Zeit der Ueberlassung, falls ihm aber die Innehabung der Sache nicht überlassen wurde, zur Zeit der Besitznahme der Erzeugnisse nicht in gutem Glauben war (Alinea 3 des § 617), oder bis zur Trennung dieser Erzeugnisse von dem Rechtsmangel Kenntniss erlangte.

4. Die Alinea 2 des §. 625 verfügt über die sogenannte „traditio brevi manu." Um wie viel klarer wäre der nachfolgende Text, welcher zum Ausdruck bringt, dass der Erwerber früher innehatte und infolge der Erlangung des Eigenthumsrechtes Besitzer ward:

Wenn der Erwerber die Sache schon innehat, so genügt zur Übertragung des Eigenthums die Einigung darüber, dass er sie künftighin vermöge einer auf die Eigenthumsübertragung gerichteten giltigen Verbindlichkeit besitze.

5. Im §. 626 ist neben dem Worte „im Besitze," der Ausdruck „in der Innehabung" einzufügen, da die Verpflichtung der Übergabe sowohl den Besitzer, als den Inhaber belasten kann. Der neue Text wird also folgender sein:

Befindet sich die Sache im Besitze oder in der Innehabung einer dritten Person, so kann die gemäss § 625 erforderliche Übergabe dadurch ersetzt werden, dass der Eigenthümer die Forderung auf Herausgabe der Sache dem Erwerber abtritt.

Der das constitutum possessorium regelnde §. 627 wird auch klarer sein, wenn er folgendermassen lautet: „Der Eigenthümer, der bisher im Besitze der Sache war, kann mit dem Erwerber statt der Übergabe ein Rechtsverhältniss vereinbaren, vermöge dessen der Eigenthümer Inhaber, der Erwerber hingegen Besitzer wird."

7. Statt der Alinea 2 und 3 des §. 629 ist folgender neue Text aufzunehmen:

Wenn der Erwerber zur Zeit der Übertragung die Sache schon innehat,

(Alinea 2 des § 625), so ist dazu, dass er Eigenthümer werde, auch das erforderlich, dass ihm der Übertagende selbst die Sache zur Innehabung gegeben habe.

„Im Falle des § 626 wird der Erwerber mit der Überlassung der Forderung Eigenthümer, wenn die Innehabung auf einem die Sache belastenden Rechte oder Rechtsverhältnisse beruht, widrigenfalls aber erst dann, wenn der Inhaber ihm die Sache in Besitz gibt."

Die Alinea 4 des § 629 ist unserer Ansicht nach zu streichen, weil der Erwerber auf Grund des § 627, wie dies aus dem Wesen des constitutum possessorium, aber auch aus der Alinea 1 des § 629 folgt, infolge des geschlossenen „Rechtverhältnisses," welches gerade die Übergabe vertritt, Eigenthümer ward. Die Alinea 4 wünscht daher unrichtigerweise auch die Übergabe.

8. Der zweite Satz, der Alinea I. des § 631 ist folgendermassen zu textiren: „Dasselbe steht wenn die Sache, in der erwähnten Weise ein Inhaber verlor."

9. In der Alinea II. des § 632 ist auch Inhaber statt Besitzer zu brauchen, und ist das Wort „selbst" zu streichen: „Im Falle des § 626 erlischt auch gegenüber dem gutgläubigen Erwerber das die Sache belastende Recht nicht, wenn es dem Inhaber zusteht."

10. Der Unterschied zwischen Besitz und Inhaber ist — wie wir wissen — in der Ersitzungslehre am Wichtigsten. Hier (§ 633—642) wäre die wohlthätige Wirkung der Umarbeitung der Besitzlehre am Meisten fühlbar.

Aus der Alinea I. des § 633 sind die Worte „als ihm gehörend" zu streichen: „Der eine bewegliche Sache 12 Jahre hindurch in Besitze hat, erwirbt das Eigenthum an der Sache." (Ersitzung.)

11. In § 638 ist statt des Passus „die Sache nicht mehr als ihm gehörend im Besitze hat" Folgendes einzufügen: „Die Sache nicht mehr besitzt, sondern innehat" und könnte hier auf § 627 Berufung geschehen, da eine solche Änderung nur vermöge eines Rechtsverhältnisses erfolgen kann und der einfache Willensentschluss (animus) dazu nicht genügt. Der § 639 würde sodann folgendermassen lauten:

Die Ersitzung wird unterbrochen, wenn der Besitzer den Besitz aufgibt, ohne ihn auf einen andern zu übertragen; wenn er die Sache nicht mehr besitzt, sondern innehat (§ 627.), sowie, wenn er den Besitz ohne seinen Willen verlor und ihn entweder während eines Jahres aussergerichtlich, oder im Wege einer während dieses Jahres erhobenen Klage nicht wieder erwirbt.

12. § 641, dessen Text wir bereits angeführt haben, ist zu streichen. Derselbe verletzt nämlich — wie bereits ausgeführt — in erheblichem Masse den Begriff der Ersitzung und ist bei der empfohlenen Reform gänzlich unnöthig.

13. Aus den § 655 und 657 ist der Ausdruck „als ihm gehörend“, sowie aus dem § 658 die Worte „mit dem Willen, sie zur eigenen zu machen“, zu streichen.

14. Nicht eben leicht ist die Übertragung des vonden aus dem Eigenthume entstehenden Forderungen handelnden Kapitels auf den Inhaber. Dies ist aber nöthig, weil, da die Eigenthumsklage zweifelsohne auch gegen den Inhaber stattgegeben werden muss. Vor Allem werden einzelne Verfügungen ganz auszulassen sein, bei Anderen ist es aber nur nach strengen und eingehenden Untersuchungen zu entscheiden, ob dieselben auf den Inhaber anwendbar sind.

Die Alinea II. des § 659 ist zu streichen. Sie musste im Entwurfe aufgenommen werden, weil derselbe den Ausdruck „mittelbarer Besitzer“ nicht gebraucht, obwohl bei dem heutigen Texte — ebenso wie der „mittelbare Besitzer“ ohne Besitzer zu sein nach dem § 641 doch ersitzen könnte, — eine Eigenthumsklage auch einer solchen Person gegenüber am Platze wäre. die kein Besitzer, ja nicht einmal Inhaber ist. Man müsste auf diese Person nach Alinea II. des § 659 die in den §§ 660—667 und 679—681 in Bezug auf den Besitzer aufgestellten Regeln anwenden, obwohl er — kein Besitzer ist. Die auffallendste der anzuwendenden Regeln ist jene in der Alinea II. des § 660 enthaltende Erklärung, das jener Schutz, wonach der Besitzer der beweglichen Sache zugleich deren Eigenthümer ist, zu Gunsten des „mittelbaren „Besitzers“ lautet; d. h. er ist zwar kein Besitzer, nachdem der „mittelbare Besitzer“ im Besitz ist, doch damit dieser, also z. B. der Miether den Schutz nicht geniesse, musste eine solche Regel aufgestellt werden, wie in § 641. Um wieviel reiner wird das System des Entwurfes sein, wenn wir auch die Alinea II. der §§ 659—660 streichen.

15. Die §§ 661 und 666 beziehen sich eigentlich auf den Inhaber und sind hier daher auszulassen und werden wir statt ihrer am Ende des Kapitels neue §§ hinzufügen.

Nach dem § 679 wird — die Numerirung des Entwurfes beibehaltend — folgender neue § aufzunehmen sein:

„Der Eigenthümer kann auch von dem Inhaber die Herausgabe der Sache fordern (Eigenthumsklage).

Die nach dem § 518 inhabende Partei ist nicht verpflichtet, die Sache dem Eigenthümer herauszugeben:

1. insolange das die Sache bestehende Recht nicht geendigt hat;

2. insolange sein mit dem Eigenthümer geschlossenes Rechtverhältniss besteht, vorausgesetzt, dass der Inhaber den Bedingungen des Vertrages entsprochen hat; und

3. insolange sein behördlicher Auftrag dauert.“

Neuer §:

„Bei der Entscheidung der gegen den Inhaber angestrengten Eigenthumsklage sind die in den §§ 663—665, 667 und 668—677 bezüglich des

Besitzers aufgestellten Regeln auf den Inhaber entsprechend anzuwenden und ist ferner § 679 entsprechend anzuwenden.“

Neuer §:

„Wenn der Inhaber die ihm zustehende thatsächliche Gewalt über die Sache von einem andern Inhaber ableitet, so findet die Regel der Alinea 1 des § 665 nur in dem Falle Anwendung, wenn die Vorbedingung der Regel auch dem frühern Inhaber gegenüber obwaltet oder der Prozess gegen ihn bereits angestrengt ist.“

Neuer §:

„Der Inhaber einer solchen Sache, deren eigenthumsrechtliche Übertragung mittelst Abtretung der auf die Herausgabe gerichteten Forderung erfolgte (§ 626), kann gegen den neuen Eigenthümer dieselben Einwendungen erheben, welche ihm dem gewesen Eigenthümer gegenüber zustehen.“

Nach diesen neuen §§. folgen naturgemäss mit entsprechender Nummerirung die §§-e 680—682.

Was nun die Motivirung der aufzunehmenden neuen §§. betrifft, so haben wir diesbezüglich nicht viel zu sagen, nachdem der Eigenthümer dem Inhaber gegenüber — falls ihn kein Rechtsverhältniss bindet — in derselben Lage ist, wie dem Besitzer gegenüber, weshalb die meisten Regeln auch im Falle der gegen den Inhaber angestrengten Eigenthumsklage entsprechend angewendet werden können.

Keine Anwendung können die §§. 660—662—678 und 680—682 finden, weil sich diese nur auf den Besitzer beziehen.

Nachdem der Inhaber die Sache auf Grund eines Rechtsverhältnisses in seiner Gewalt hält, hat der Eigenthümer dieses Rechtsverhältniss — wie auch Aliena 1 des § 661 bekundet — solange es besteht zu respektiren, demzufolge er auf Herausgabe der Sache eine Eigenthumsklage mit Erfolg nicht anstrengen kann, jedoch selbstredend nur im Falle des § 518, in welchem der Geklagte — für sich selbst — innehat.

Den Schutz des weiteren Inbabers z. B. des Aftermiethers, kontempliren wir im Sinne der auch im § 666 angenommenen Prinzipien.

Schliesslich muss im Sinne des Alinea 2 des § 661 noch ein neuerer Paragraph zum Schutze des Inhabers aufgenommen werden.

Im Übrigen unterliegt es keinem Zweifel, dass die gegen den Inhaber gebotene Eigenthumsklage eher blos von prinzipieller Bedeutung ist, da in dem Falle, wenn das Rechtsverhältniss nicht mehr oder wenn es nicht giltig besteht, da z. B. der Geklagte die Sache auf Grund eines falschen Pachtvertrages in seine Gewalt genommen hat: der Inhaber eigentlich gar kein Inhaber, sondern ein wirklicher Besitzer ist. Mit einem Worte: die Eigenthumsklage ist in den meisten Fällen ohnehin gegen den „Besitzer“ anzustrengen. Doch im Falle sie auch gegen den „Inhaber“ angestrengt wurde, wird der Eigenthümer nicht sachfällig blos deswegen, weil er den Geklagten als Inhaber in den Prozess rief, selbst wenn es sich im Laufe des Prozesses heraus-

stellen würde, dass das Rechtsverhältniss nicht mehr besteht, der Kläger ein wirklicher Besitzer ist. Dies ist das Ergebniss auch im umgekehrten Falle.

17. Da die §§ 523 und 524 hinfällig sind, wird im § 730 der neuen Textirung entsprechend auf die §§ des Besitzschutzes Berufung geschehen müssen. Das heisst, statt der §§ 516—524 werden die §§ 511—516 im § 730 zu nennen sein.

18. Alinea 1 des § 732 ist folgendermassen zu korrigiren. „Dem Niessbraucher steht die Innehabung der Sache zu.“

19. Nachdem der Niessbraucher Inhaber, der Eigenthümer aber Besitzer ist, kann statt des in den §§ 763 und 772 erwähnten „Mitbesitzes“ schwer ein entsprechender Ausdruck gefunden werden. Wir glauben aber dessen Sinne richtig widerzugeben, wenn wir die Gemeinsamkeit der thatsächlichen Gewalt hervorheben. Der erste Satz des § 763 würde also folgendermassen lauten:

Ist ein auf den Inhaber oder auf Ordre lautendes und mit Blancoindossement versehenes Papier Gegenstand des Niessbrauches, so steht die thatsächliche Gewalt über das Papier und die dazu gehörigen Zinsen-, Renten- oder Dividendencoupons dem Eigenthümer und dem Niessbraucher gemeinschaftlich zu.

Der zweite Satz des § 772 ist wie folgt zu verfassen: „Zum Erwerbe des Niessbrauches an einem auf den Inhaber oder auf Ordre lautenden und mit Blancoindossement versehenen Papiere genügt es statt der Übergabe des Papiers, wenn der Eigenthümer dem Niessbraucher gestattet, die thatsächliche Gewalt über das Papier mit ihm gemeinschaftlich auszuüben.“

20. Statt der Alinea 1 und 2 des § 769 ist folgender Text zu nehmen:

„Der Erwerb des Niessbrauches an einer beweglichen Sache vollzieht sich dadurch, dass der Eigenthümer die Sache einem Andern zum Niessbrauche in die Innehabung giebt.“

„Besitzt der Erwerber die Sache schon, so genügt zum Erwerbe des Niessbrauches die Einigung darüber, dass er sie künftighin zum Niessbrauche innehabe.

21. Statt der Alinea 2 des § 770: „Im Falle des § 626 geht der Niessbrauch trotz des gutes Glaubens des Niessbrauchers dem die Sache belastenden Rechte, das dem Inhaber zusteht, nicht vor.“

22. An Stelle der Alinea 2 des § 771: „Der Erwerb des Niessbrauches an uneingetragenen Immobilien vollzieht sich dadurch, dass der Eigenthümer die Sache statt der grundbücherlichen Einverleibung einem andern zum Niessbrauche übergibt. Die Regeln des § 770 sind entsprechend anzuwenden.“

23. Da auch der Pfandgläubiger Inhaber ist, ist der § 902 folgendermassen zu korrigiren: „Der Erwerb des Pfandrechtes vollzieht sich dadurch, dass der Eigenthümer die Sache dem Gläubiger als Pfand zur Innehabung übergiebt. Wenn der Gläubiger die Sache schon innehat, genügt zur Erwer-

bung des Pfandrechtes die Eignung darüber, dass er dieselbe künftighin als Pfand innehaben wird."

„Wenn die Sache auf Grund eines sie belastenden Rechtes oder Rechtsverhältnisses in der Innehabung einer dritten Person ist, dann kann die Uebergabe der Sache dadurch ersetzt werden, dass der Eigenthümer seine Forderung bezüglich der Herausgabe der Sache auf den Gläubiger überträgt und den Inhaber von der Verpfändung verständigt."

24. Der § 803 könnte unter Weglassung des „Mitbesitzes" folgendermassen verfasst werden: „Zwecks Erwerbung des Pfandrechtes kann die Uebergabe der Sache dadurch ersetzt werden, dass der Gläubiger und der Eigenthümer die Sache unter gemeinsamer Sperre halten oder eine dritte Person dieselbe innehat und sie nur gemeinschaftlich zu Händen des Gläubigers und des Eigenthümers ausfolgen darf."

25. Schliesslich ist in der Alinea 2 des § 806 statt „Besitzer" Inhaber, im 1. Satze des 822 statt Besitzer ebenfalls Inhaber, und im 1. Satze der Alinea 2 des § 828 statt „in den Besitz" in die Innehabung zu setzen.

Wir haben also die in Folge der Umgestaltung der Besitzlehre nothwendig gewordene Korrektionen sämmtlich durchgeführt.

Es ist noch zu erwägen, ob nicht die Regeln der die Vorlegung von Sachen betreffenden §§. 1775—1777 entsprechend auf den Inhaber anzuwenden wären? Der Entwurf beschützt zwar auch so die Interessen dritter Personen, doch fragt es sich, ob nicht dem Besitzer eine gleiche Berechtigung dem Inhaber gegenüber zustehen soll? Insbesondere wäre die Ausdenung des § 1775 begründet.

Und hiemit langten wir am Ende unserer kritischen Studie an. Wir haben die als Ausgangspunkt acceptirten Grundprinzipien aufgestellt und den Entwurf mit diesem Masstabe gemessen. Diese Untersuchung hat uns zur Erhebung einiger Einwendungen veranlasst, welche wir gehörig zu begründen bestrebt waren. Da jedoch die Kritik von Gesetzentwürfen nur dann einen richtigen Sinn hat und wirklich berechtigt ist, wenn sie nicht nur einwendet und ausstellt, sondern auch an Stelle der als irrig und unrichtig erkannten Verfügungen zugleich neue und wenn möglich bessere empfiehlt und somit eine Kritik ist, welche nicht nur stürzt, sondern auch baut, haben wir in unseren Erörterungen auch das angeführt, wo und wie unseres Dafürhaltens nach im Entwurfe Aenderungen vorgenommen werden müssten.

Eperjes, den 9. Maj 1903.

SEHR GEEHRTER HERR PROFESSOR!

Ich nehme mir die Freiheit Ihnen zugleich mit diesen Zeilen meine Abhandlung: „Die Besitzlehre im Entwurfe des ungarischen allgemeinen bürgerlichen Gesetżbuches“ als Zeichen meiner besonderen Hochachtung, zu übersenden, mit der Bitte, Sie möchten derselben Ihre Beachtung schenken und sie gefälligst durchstudieren.

Mit Rücksicht darauf, dass die deutsche Literatur in der Entwickelung der Besitzlehre immer die Führerrolle gehabt hat, ersuche ich Sie ferner, Sie möchten die Güte haben, über diese meine Studie — wenn Sie dieselbe dessen wert halten — eine Kritik schreiben und Ihre hochgeschätzte Ansicht äussern, ob der Entwurf des ung. allg. bürgerlichen Gesetzbuches durch die von mir empfohlenen Verbesserungen wirklich besser würde, d. h. ob diese Veränderungen richtig sind, ob sie der auch vom deutschen Codex befolgten Besitztheorie Ihering's entsprechen, und ob es wünschenswert und motiviert ist, dass der ungarische Entwurf zum Theil einen andern Standpunkt auf diesem Gebiete einnehme, als das deutsche Gesetz?

mir die betreffende Nummer zuschicken, oder aber Ihre hochgeschätzten Bemerkungen mir in einem Briefe mitteilen und mich ermächtigen, dieselben in Ungarn zu veröffentlichen. Wenn Sie Ihre werte Beurteilung in einem deutschen Fachblatte erscheinen lassen, so bitte ich, sich nicht auf diesen Brief zu berufen.

Zu dieser ergebenen Bitte hat mich das erhabene Ziel ermutigt, welches bei der Pflege der Wissenschaft alle Rechtsprofessoren verbindet und der Wunsch, dass der ungarische Entwurf, für welchen auch die deutschen Rechtsgelehrten ein warmes Interesse bewiesen haben, möglichst vollkommen werde.

Mit dem Ausdrucke meiner vollkommensten Hochachtung zeichne ich

Ihr

Ergebenster

DR. FRANZ RAFFAY

Rechtsprofessor in Eperjes (Ungarn).





